

## 41 - 労働契約法一八条の基本構造 (三井)

## 労働契約法一八条の基本構造

三井正信

はじめに

(一) 二〇一二年労働契約法改正とそれが惹起した問題点

(二) 本稿の問題意識

一 予備的考察

(一) 基本的な考え方ないし方向性―労働契約法一八条と一九条の一定の関連性―

(二) 労働契約法一八条理解の基礎としての雇止め法理と労働契約法一九条の基本構造―基本合意の重要性―

(1) 雇止め法理の基本構造

(2) 労働契約法一九条の基本構造

二 労働契約法一八条の基本構造の検討

(一) 労働契約法一八条と基本合意

(二) 基本合意に基づく期間の定めのない労働契約の成立

三 若干の補足的検討

(一) 通算期間が五年を超えることになる更新限度条項と労働契約法一八条

(二) 無期転換権申込権の行使期間とクローリング期間

(1) 無期転換申込権の行使期間

(2) クローリング期間の意義

おわりに

## はじめに

## (一) 二〇一二年労働契約法改正とそれが惹起した問題点

わが国の雇用社会においては非正規労働者が漸次増加してきており、かねてからその比率が上昇傾向にあったが、現在、遂に労働者全体の約四割を占めるまでに至っている。それにともない正規労働者と非正規労働者の労働条件格差が大きいこと、そして非正規労働者の雇用ないし地位が不安定であることの二つが大きな問題（まさに社会問題といつてよく、一般に解決されるべき喫緊の課題と認識されている）となっている（これが近年注目を浴びた政府の働き方改革でもひとつの重要な焦点をなしている）。非正規労働者は有期雇用である場合が多く、したがって非正規問題は有期労働者をめぐる問題であるといっても過言ではないのである。既に旧聞に属するとはいえ、このような非正規労働者増加の状況ないし傾向を受け、二〇一二年に民党政権の下で、有期労働者の雇用の安定と地位向上（格差是正）を目指して、有期労働契約に関して労働契約法が改正され、①五年を超えて更新された有期労働契約の無期転換（一八条）、②確立された判例法理である雇止め法理の法定化（一九条）、③期間の定めがあることによる不合理な労働条件の禁止（二〇条）に関する新たな条文が設けられた（一九条は即時施行、一八条・二〇条は二〇一三年四月一日施行）。①と②が有期労働者の雇用ないし地位の安定、③が無期労働者・有期労働者間の格差是正を目的とするもので、いずれも重要な条文であって、以降、それらは労働者保護や企業の労務管理上の観点から、そして法理論上・法政策上も一貫して大きな関心を集めることとなり、引き続き現在でも熱く注視されている（労働契約法一九条の対象となる雇止めをめぐるのは現在のみならずこれまでにも過去において紛争が頻発していたが、一八条は新たに企業に労務管理上の根本的な対応の必要性をもたらし、二〇一八年には実際に五年超えのケースが発生して無期転換が問

題になり始め、まさに雇用社会のホット・ 이슈となっており（いわゆる「二〇一八年問題」）、二〇条は条文が設けられたことを機に裁判が多発し、近年、注目すべき最高裁判決（ハマキョウレックス事件・最二小判平三〇・六・一（労働判一一七九号二〇頁、長澤運輸事件・最二小判平三〇・六・一（労働判一一七九号三四頁）も出され大きな関心を集め、二〇一八年の働き方改革関連法の対象にもなりパート・ 有期労働法八条に統合されることとなった）。また、労働契約法一九条は雇止めをめぐる確立された判例法理を法定化（確認）したもので労働契約法の従来の規定の基本スタイルを踏襲するものであるが、一八条と二〇条は労働契約法が新たに独自に設けた（これまでになかった） 規律であり、この点でもこの二か条は基本的に確立された判例法理を条文で確認するという従来の労働契約法の行き方とは大きく異なる（したがって、今後、労働契約法が判例法理に縛られることなく独自の規律を設けて拡大・ 展開・ 発展していくことの基礎・ 基盤となり、その方向性・ 可能性を指し示す）として注目を浴びた。<sup>1)</sup>

さて、労働契約法一八条と一九条は有期労働契約をめぐるいわゆる出口規制を定めたものであって、いずれも労働者の申込みに対して使用者が承諾したものとみなすという構成を採用している。つまり、労働契約法一八条は有期労働契約が反復更新されて期間を通算して五年を超えた有期労働者に無期転換申込権を認め、かかる無期転換申込権が行使されれば使用者が申込みを承諾したものとみなされて無期労働契約が成立する（無期転換することし（したがって、実際には労働者の申込権の行使だけで無期労働契約が成立することになるため無期転換申込権は実質的には形成権であると解されている）、一九条は雇止めに（解雇に準じた） 合理性と相当性が存しない場合には雇止めの効力は認められず労働者の申込みに対して使用者が承諾したものとみなされて新たに有期労働契約が更新されることとした。これらの条文は、形式上は、合意原則を基本原則に掲げる労働契約法の基本スタンス（特に、労働契約の成立については合意による成立をうたう六条）と平仄を合わすべく当事者の合意を根拠に据えたものといえるが、それは

あくまで形式にすぎず、いずれにおいても使用者の承諾が擬制されたみなし合意となっているため（即ち、使用者は拒否することができないため）労働者の申込みのみで契約が成立することになり、したがって実質的にみれば両者は採用強制ないし契約の締結強制を行うものではないのかとの疑問が広く提示されることとなった。

## (二) 本稿の問題意識

わが国においては一般的に契約自由の原則が通用ないし妥当しており、労働契約も含めこれに反して契約の締結強制を行うことはまさに問題といえる。また、労働契約法も合意原則を基本原則に掲げており（一条、三条一項、六条、八条、九条）、いくら形式的にはこれを踏まえたようにみえても（表面や形式だけ取り繕っても）実質的にかかる原則に反する規律を採用することは一個の矛盾ないし背理ということが出来る。要は、採用強制ないし契約の締結強制を行うことは、たとえ労働者保護という観点からである（即ち、結果的妥当性を求めていることである）としてもそう簡単に正当性を認めることはできず、場合によっては合意原則を基本原則に掲げる（そして契約法であり民法の特別法であると考えられる）労働契約法の自殺とでもいい得る事態を招くことになりかねないのである。特に、労働契約法一八条をめぐっては、そのような観点からの批判が強く、使用者の採用の自由を侵害するとして違憲の疑いも提示されている<sup>④</sup>。そうだとすれば、このような方向をとることは基本的ディシプリンを揺るがし今後の労働契約法の発展ないし展開にとって大きな障害をなすおそれを生じさせることとなるとも考えられよう。

しかし、労働契約法一八条と一九条は本当に採用強制ないし契約の締結強制を行う条文であるといつてよいのだろうか。確かに、法技術的には使用者の承諾の擬制ないしみなし合意という形式はとっているものの、果たしてその実質もまた当事者の合意に基づくものとはいえないのであろうか。つまり、法形式上はみなし合意という形をとっているが、それは法技術論的観点から形式的に採用されたものにすぎず、あくまでこれらの条文はみなし合意とは異

なる（既に存する）別個の合意に基づく契約の成立という実質（本質・基盤）をみなし合意という別の法形式で表現しようとしたものであると解することはできないのであろうか。要は、労働契約法は二〇一二年の改正においても形式のみならず実質的にもそのディシプリンを維持ないし堅持する姿勢を依然として示しているとの理解は成り立たないのであろうか。

かつて、筆者は、労働契約法一九条は確立された判例法理の確認規定であるところから、同条につき、そのもとになった判例法理の基本構造を分析・検討することによって、更新による新たな有期労働契約の成立は、当事者の間に形成された（黙示の）有期労働契約の自動更新の基本合意に基づくものであって、判例法理は当事者の合意とは無関係ではなく、したがって、かかる法理の基本構造を引き継いだ労働契約法一九条はそれを法技術論的にみなし合意による有期労働契約の成立と形式的に構成した（つまり、ある法形式を法技術的に別の法形式で表現した）にすぎず、決して合意原則に反するものではないと論じたことがある。<sup>(5)</sup> いくら労働契約法独自の規律であるといっても果たして同様の論証が労働契約法一八条についても妥当しないのであろうか。<sup>(6)</sup> 本稿は以上のような問題意識からあくまで労働契約法の基本原則である合意原則に則しつつ（ないしは合意原則に忠実に、あるいはそれにこだわって）実質的にも当事者の合意に基礎を置いて、しかも労働契約法一九条と関連させながら一八条の基本構造を探ろうというものである。<sup>(7)(8)</sup>

## 一 予備的考察

### (一) 基本的な考え方ないし方向性―労働契約法一八条と一九条の一定の関連性―

労働契約法一八条及び一九条はまったくの新規採用をめぐる規定ではなく、有期とはいえ既に採用されこれまで一

定継続してきた雇用を更に引き続き継続せしめようとする規定であるといえる（雇用継続保護ないし雇用継続保障）。特に、労働契約法一八条は有期契約で継続してきた雇用につきその期間を問題とし無期に転換する規定であって、そもそもこれを純然たる採用強制を行うものと考えることには問題がある。つまり、労働契約法一八条の本質ないし主眼・核心は、あくまで有期での雇用継続を無期での雇用継続へ転換させるといふ契約の期間の定めの問題にあると位置付けるべきなのである。<sup>9)</sup>

確かに、労働契約法一八条及び一九条は労働者保護の規定であって、かかる観点ないし目的から正面から労働契約の締結強制を認めたものであると解したうえで、それらの条文の正当性を承認する考え方も存し得よう。<sup>10)</sup>しかし、「はじめに」の(一)でも述べたように労働契約の締結強制には批判的な見解も強く存しており、また、労働契約法の理念を重視するならば、むしろ形式的にのみならず実質的にも合意原則に則した（適合した）解釈が求められるのではないか。実際、労働契約法の目的を定めた同法一条は、「労働者の保護」と「個別の労使関係の安定」を目的に掲げながら「合意の原則」（合意原則）を労働契約法の基本原則として位置付けているのである。ここで問題とされる合意原則は労働契約の成立・展開を合意に基礎付けるとともに、あくまで実質的に労使対等の立場でなされた合意を実現し尊重しようとする原則であって（労働契約法三条一項参照）、合意原則の理解は決して単に形式的かつ理念的なものではすまされないだろう。したがって、労働契約法一八条及び一九条を考える場合、みなし合意のみで合意原則を満たしそれで事足りるとすべきではなく、更にその根本に実質的に合意原則に適合する基礎・基盤が存していると解して（あるいは実質的にも合意原則と矛盾しない形で）検討を行う必要がある。

さて、筆者は労働契約法一九条については、既に、先般、別稿で詳細にかかる方向での考察を行ったので、次いで、これを踏まえ、本稿においては、以下で、労働契約法一八条につき同様の方向性を追求することとした。ただ、両条は、<sup>11)</sup>

別個の規律である（しかも、一方は判例法理の確認規定で、他方は法が独自に設けた規律である）とはいえ、後に二で示すように、子細に検討すれば、出口規制であるという点も含めていくつかの点で密接に関連しており、労働契約法一九条の理解が一八条の検討にあたっても一定の前提となるように思われる。そこで、多少迂遠ともなると考えられるが、論述の都合上、必要不可欠の前提作業となるので、まずは本稿においても、本章で、別稿との重複をいとわず、ただしあくまで簡潔ないし簡略に、労働契約法一八条と関連する限りにおいて、一九条の基本構造、そしてその基礎・基盤となる判例の雇止め法理の基本構造について、若干新たな論点も付け加えつつ再説しておくこととする。

## (二) 労働契約法一八条理解の基礎としての雇止め法理と労働契約法一九条の基本構造―基本合意の重要性―

### (1) 雇止め法理の基本構造

労働契約法一九条は確立された判例法理を確認（法定化）したものであり、同条を考えるうえではその前提となる判例法理、即ち雇止め法理の基本構造を明らかにしておく必要がある。

雇止め法理を確立したのは東芝柳町工場事件・最小判昭四九・七・二民集二八巻五号九二七頁と日立メデコ事件・最小判昭六一・二・四労判四八六号六頁という二つの最高裁判決である。前者は有期労働契約が反復更新されてあかも期間の定めのない契約と実質的に異ならない状態となっていれば（つまり、期間の定めが形骸化していれば（実質無期型）有期労働契約の雇止め（更新拒絶）に解雇権濫用法理が類推適用されるとのルールを、後者は有期労働者に雇用継続の合理的期待が存すれば（期待保護型）雇止めに対し解雇権濫用法理が類推適用されるとのルールをそれぞれ提示したのである（ちなみに、期待保護型には有期労働契約が反復更新された結果、雇用継続の期待が生じる反復継続タイプ（代表例として、日立メデコ事件・最判）と最初の契約時から期待が存する更新特約タイプ（代表例として、龍神タクシー事件・大阪高判平三・一・一六労判五八一号三六頁）がある）。そして、かかるルールによ



れば雇止め(解雇に準じた)合理性と相当性が存しない場合、雇止めの効力は認められず、従前の労働契約(有期契約)が更新されたのと同様の法律関係となるとされる<sup>12)</sup>。このように雇止め法理は解雇権濫用法理が類推適用されるかどうかという適用審査と、類推適用の結果、雇止めが有効と認められるかどうかという効力審査の二段階審査から成り立っているのである。ちなみに、かかる判例法理はパナソニックプラズマディスプレイ(パスコ)事件・最二小判平二一・二一・一八労判九三三九五頁において実質無期型と期待保護型の双方を確認する形で集大成されている。

さて、問題は、解雇権濫用法理が類推適用されて効力審査がなされた結果、雇止めが無効とされその効力が認められない場合、何ら新たに契約の更新を行う旨の個別の特段の合意(更新合意)が存しないにもかかわらず何故に更新の有期労働契約の成立(更新)が認められるのである。これについては説の対立があり、代表的なものとして、①判例が法定更新を認めたとする法定更新説<sup>13)</sup>、②信義則に基づく労働契約の補充的・修正的解釈によるとする信義則説<sup>14)</sup>、③明示もしくは黙示の合意(自動更新合意)が(既に)存しそれに基づき更新がなされるとする説<sup>15)</sup>などがみられた。いずれの説が妥当かであるが、①説については法律(制定法)の根拠もなしに裁判所が法定更新を認めたと解する点に問題があり、②説についてはまったく合意によらず信義則のみによつて新たな契約の成立を認める点に問題がある。そうすると当事者の合意に根拠を置く③説が妥当ということになる。

実際、東芝柳町工場事件・最判は、法理を説くにあたり、「実質において、当事者双方とも、期間は一応二か月と定められてはいるが、いずれから格別の意思表示がなければ当然更新されるべき労働契約を締結する意思であつた」と判示しているのだが、かかる当事者双方の意思が更新の基礎たる自動更新の合意であると考えることができるのではないか。つまり、有期労働契約が実質無期状態になっているとすると(そのような状態に至らしめた当事者の意思を総合的に斟酌・勘案・考慮して)自動更新合意が成立していると解されるのである。そうすると、このような合意は、



法理の基礎であるが故に、実質無期型の場合のみならず雇用継続の合理的期待が存する場合（期待保護型の場合）にも認められることになる（認められるべきである）と考えられよう（以下、このような自動更新の合意を基本合意と呼ぶ）。要は、有期労働契約が実質無期型ないし期待保護型に該当すれば、有期労働契約という形式にもかかわらずその期間を超えて雇用を継続してきた当事者の意思を踏まえて（そして期間を形骸化させたかあるいは雇用継続の期待を生じさせたという使用者の帰責性をも考慮して）同一内容の有期契約を自動的に反復更新していくという（明示に更新合意がなされればそれでよいが、なされなくても有期労働契約が更新されていくという）基本合意が存する（形成されている）と解釈されるのである（ちなみに、自動更新をし続けていくというその性質上、当然、この基本合意自体は期間の定めのないものということができる）。とにかく、このように理解すれば、雇止め法理は一種の意思解釈法理ということになる。したがって、本来そのままであれば自動更新により雇用が継続していくことから、かかる雇用を断ち切ることになる雇止めには解雇との類似性を踏まえて解雇権濫用法理が類推適用され、そのような雇止めが有効とされるためには解雇に準じた合理性と相当性が求められるのである（ちなみに、正確に言えば、雇止めは使用者による自動更新合意である基本合意の解約であり、それ故に、これに解雇権濫用法理が類推適用されることになると考えられるが、そのように構成しなくてもそもそも基本合意自体が解雇に準ずる合理性と相当性があれば自動更新されずに雇止めを認めるという特約付きの当事者の合意であるとも解することができ、この点に解雇権濫用法理の類推適用の基礎を求めることも可能である）。

なお、実質無期型のみならず期待保護型についても基本合意が法理の基礎にあるという点に関しては、津田電気計器事件・最一小判平二四・一一・二九労働一〇六四号一三頁が注目される。<sup>(18)</sup>この事件は（二〇一二年改正前の）高年齢者雇用安定法（旧）九条をめぐる事例であるが、再雇用（継続雇用）の基準を満たしているにもかかわらず定年後再

雇用されなかった労働者に対して、再雇用の合意が存しないにもかかわらず雇用継続の期待を認めて雇止め法理（期待保護型）を転用し再雇用契約の成立を肯定した。その際、最高裁は期待保護型の日立メデイコ事件・最判のみならず実質無期型の東芝柳町工場事件・最判を引用している。ということは、雇止め法理による救済（新たな有期労働契約の成立・更新）の基礎は基本合意（東芝柳町工場事件・最判のいう「いずれから格別の意思表示がなければ当然更新されるべき労働契約を締結する意思」）であつて、それは実質無期型のみならず期待保護型にもあてはまり、この再雇用拒否のケースでは基準を満たした労働者を再雇用する旨の就業規則の再雇用規定（ちなみに、これは労働契約内容になるとともに、これがある以上、再雇用契約による雇用継続の期待が生じるのは当然といえよう）を基本合意に相当するものと位置付けて期待保護型の法理で対処したものと考えることができるのである。

## (2) 労働契約法一九条の基本構造

屢述のように、労働契約法一九条は確立された判例法理である雇止め法理を確認し条文化した（法定化した）規定であり（ちなみに、一号が実質無期型、二号が期待保護型の確認である）、<sup>19</sup>雇止めに（解雇に準じた）合理性と相当性が存しない限り同一の条件で有期労働契約が更新されるものとした。そうすると、労働契約法一九条は、雇止め法理が内包するところの先に(1)で検討した基本合意、即ち自動更新の合意を基礎とする法的構成も当然のこととして（いわば暗黙のうちに）その基本構造として確認したものといえよう（ちなみに、もはや同条が正面から解雇権濫用法理に言及していないことからすると、同条は雇止めを自動更新合意である基本合意の解約というよりも基本合意自体が解雇に準ずる合理性と相当性があれば自動更新されずに雇止めを認めるという特約付きの当事者の合意であると解して処理したのではないかと思われる）。ただ、同条は労働契約法の基本原則である合意原則と形式上平仄を合わせるべく基本合意に基づく新たな有期労働契約の成立を法技術論的にはみなし合意という形で処理したのである。した

がって、確かに、雇止めが認められなかった(有効とされなかった)場合の契約更新は新たな個別の更新合意によるものではないが、あくまで既に存する基本合意、即ち「当事者双方の意思」に基づくものであって、実質的にみても採用強制ではなく必ずしも合意原則に反するものではないこととなる。もともと、このような実体とは異なる法的形式をとることが果たして法技術論として適切なし妥当かということは別問題であり、基本原則である合意原則との関係で一般的に混乱ないし疑義を生じさせ得るという点において、労働契約法一九条は必ずしも適切な表現(形式)になっているとはいえず、一定の立法的な不首尾さないし不手際さを抱えた規定ではないかと筆者としては考えている。

ちなみに、雇止め法理につき法定更新説に立つ学説は、労働契約法一九条についても実質的には法定更新を採用したものであると説いており、この見解を採用した下級審裁判例も存している(A農協事件・東京高判平二七・六・二四労働一一三二号五一頁)。しかし、先にも論じたように、雇止め法理の捉え方については法定更新説には与し得ず、したがって労働契約法一九条の理解としても決して妥当であるとは思われない。しかし、この説の法定更新という実質を法形式上みなし合意という形で条文化したと理解する考え方(あるいはある法的実体・実質を法技術論的には異なる法形式を採用して表したと解する思考法ないし発想法)自体には賛同することができ、かかる考え方を本稿の立場に当てはめれば、基本合意Ⅱ自動更新合意に基づく有期労働契約の更新という実質を法技術論的に形式上はみなし合意という形で条文化したということになるのである。

とにかく、労働契約法一九条はその基本構造に自動更新の基本合意を内包している、つまり同条の基礎に当事者の合意が存するとするならば、これが一八条にも関連しており、したがって、その理解にも大きく関わってくるのである。

## 二 労働契約法一八条の基本構造の検討

### (一) 労働契約法一八条と基本合意

以上の予備的検討を踏まえて、ここできいよ本論である労働契約法一八条の検討に移ってみよう。

期間を通算して五年を超えて更新した場合の有期労働契約の無期転換と、雇止めが有効でない場合の有期労働契約の更新というそれぞれ基本趣旨が異なる事項を規定した別の条文であるとはいえ、出口規制であるという共通点に加えて、それらの基本構造上においても、労働契約法一八条と一九条は相互に一定関連性を有しているように思われる。労働契約法一八条は期間を通算して五年を超えて有期労働契約が反復更新された場合、労働者に無期転換申込権（これは申込権というもののそれだけで無期契約を成立させるので実質的には一般的に形成権であると考えられている<sup>②</sup>）を与え無期契約への転換を認めるものであるが、「大は小を兼ねる」の原則からして、有期労働契約が反復更新されて期間を通算して五年を超える場合には無期に転換できる以上、有期での雇用継続も可能と解すべきである（労働者がそう期待するのも当然であろう）。そうすると、労働契約法一八条が適用可能な場合には必然的に原則として同法一九条も適用できなければならないといえよう。したがって、その場合においてはもはや労働契約法一九条の適用要件である同条二号の雇用継続の合理的期待が基本的に存し、自動更新の基本合意が認定されることになると考えられる。これが労働契約法一八条の第一の意義であり、一九条との第一の関連性である。したがって、これまで長期にわたって有期労働契約が反復更新されてきていても雇用継続の期待が存しないとして雇止め法理の適用が認められなかった大学等の非常勤講師のような事例においても、今後は、無期転換が可能となる以上、とにかく更新により契約期間の通算が五年を超えるケースにおいて、雇止めがなされれば、それに対しあくまで労働契約法一九条の適用は

認めたとうえで（適用審査はパスさせたうえで）、（無期転換後の解雇と同様に）その有効性につき合理性のテストと相当性のテスト（即ち、効力審査）で判断すべきことが原則となろう（ちなみに、もつとも、この場合、かつては適用審査の段階で法理の適用なし―したがって、雇止めは可能―とされていたのが、現在においては効力審査の段階で雇止めの有効性が判断され、結局は雇止めが有効とされる結果になることも多いとは考えられる。<sup>22)</sup>）

## (二) 基本合意に基づく期間の定めのない労働契約の成立

さて、期間を通算して五年を超えて反復更新されてきた有期労働契約のケースにおいて有期労働契約の自動更新の基本合意が原則として認められるとして、自動更新される契約の有期性（期間）を問題とすることができれば、かかる基本合意に基づいて期間の定めのない労働契約（無期労働契約）の成立を導くことができるのではないだろうか。

ここで注目すべきが、かつて（判例の雇止め法理が確立するまでの時期において）雇止めに対し労働者の保護を図るべく（雇止めはまさに解雇にはかならないとして解雇権濫用法理をストレートに適用するために）期間の定めを無効として有期労働契約の無期転換を試みる議論において唱えられた保護法公序違反説である。同説は合理性を有しない有期労働契約については期間の定めは労働者保護法並びにその下につくられた公序に反するものとして効力を有しないと主張した。<sup>23)</sup> 確かに、この説は直接期間の定めを無効とするには若干理論的に無理があり、また日立メデコ事件・最判によっても（同事件に関し）否定されているが、<sup>24)</sup> 場面を変えて労働契約法一八条にこの説を応用（準用ないし転用）して考えることはできるように思われる。つまり、同条は、有期労働契約により期間を通算して五年を超えて雇用が継続したことを重視して、労働者が雇用継続を望む場合には自動終了機能を有する有期労働契約のままで更に雇用関係が継続することを問題視し、期間の定めにつき公序違反の視点を導入したと考えるべきではないか。

労働契約法の施行通達(「労働契約法の施行について(平成二四年八月一〇日基発〇八一〇第二号)」)は、五年を超えて反復更新されてきた労働契約について「有期労働契約の濫用的な利用」と評価し、労働契約法一八条はかかる濫用的な利用を「抑制し労働者の雇用の安定を図ること」を目的とすると述べている。濫用的な利用というのは雇員が実際的には一定継続するにもかかわらずあくまで専ら使用者が法形式上より短期の有期契約を反復更新することを望んできた(つまり、専ら使用者の意向ないしイニシアティブのみによって有期労働契約が反復更新されてきた)ことを意味するのであり、したがって労働者もあくまでその自由意思により有期労働契約を更新し続けるような場合には労使双方が納得のうえの合意に基づくので(特に労働者が真意から納得しているので、つまり自らの意思によるものといえるので)もはや濫用的な利用とはならないといえよう。<sup>(25)</sup>以上からすると、労働契約法一八条は、労働者が雇用の安定を希望する、したがって、雇用継続は望むが雇用継続にあたり有期契約であることは望まないにもかかわらず(雇用継続の労働者の意向にもかかわらず)、専ら(力ないし地位において優位・優越する)使用者の発意・意向(イニシアティブ)により有期労働契約が反復更新されるという形式がとられてきた場合には、それが労働契約法三条一項の定める労働条件労使対等決定の原則に反する(つまり、労働者はもしも使用者と対等の立場に立って自由に交渉していたならば雇用は継続するにしても有期契約を反復更新するという形はとらなかった)ということ、一定雇用が継続するにもかかわらず敢えてそれよりも短い期間でしかも自動終了機能を有する有期契約(即ち、実体に合わない法形式)を利用し続けたという使用者の帰責性(この点については労働契約法一七条二項も参照)、そして労働者に生活の基盤を形成させ雇用継続の期待を抱かしたというこれまた使用者の帰責性をも考慮して、契約期間が通算して五年を超える場合には基本合意(有期労働契約の自動更新の合意)の更新の期間の定めに関する部分がもはや濫用的と評価される(あるいは、この点に関してはみなしという考えを取入れ、濫用的とみなされるといってもよいとは



思われる)に至り、その結果、かかる期間部分が公序に反し違法・無効になる(要は、労働者保護に反し、したがって「労働者の保護」を目的に掲げた労働契約法という保護法によって設定された公序に違反する)旨を定めたものといふことができるのではないだろうか。<sup>26)</sup>

そうすると、更新される有期労働契約の期間の定め部分が無効となった(したがって、更新される契約の期間が無期となった)基本合意に基づいて有期ではなく期間の定めのない労働契約が成立する(自動更新される)ことになるといえる。つまり、労働者の無期転換申込権の行使が使用者による有期労働契約の利用に対する異議申立てとなり、有期労働契約の利用に濫用的方向ないし評価(あるいは濫用とみなされるとの評価)を帯びさせ、それ故、公序違反へ導くに至るのである(ちなみに、労働者の発意によつてこのような濫用的方向(評価)≡公序違反を導くという意味において無期転換申込権は一種の形成権であると解してもよいであろう)。基本合意に基づくが故に無期転換後の労働条件は「現に締結している有期労働契約の内容である労働条件(契約期間を除く。)」と同一の労働条件(当該労働条件(契約期間を除く。))となるとされることの意味も理解することができよう。

以上のように考えれば労働契約法一八条は形式的に合意原則を踏まえ使用者の承諾の擬制を行いみなし合意で処理するものではあるが、実際には労働契約法一九条が前提とする基本合意≡当事者の合意に依拠するものであって、したがって実質的にみても合意原則とは必ずしも矛盾するものではなく決して採用強制ないし契約の締結強制にはあたらないと考えることができる。ちなみに、みなし合意という法形式をとつたのは、基本合意はあくまで過去の合意であり、また労働契約法一九条においても明示されてはおらずあくまで(当然とはいえ暗黙のうちに内包された)基本構造上のものとどまるので、新たに無期労働契約が成立するという点を明確にさせておくために形式的にはあつても無期契約をはっきりとした新たな合意に基づかせることとしたからであろう。このように基本合意に基づ



くという基本構造を有する点に労働契約法一八条と一九条の共通性がみられ、ここに両者の第二の関連性が存するのである。

なお、ついでに述べておけば、有期労働契約の反復更新が五年以下であつて労働契約法一八条の要件を満たさないとしても、合理的な期待が存するとして労働契約法一九条により雇止めが無効と判断され、その結果、更新が五年を超えることとなり、労働者に無期転換申込権が生じるといった事態が想定されるが、このような労働契約法一八条と一九条の連係プレーによって有機的に出口規制の実効性が図られ得ることが両条の第三の関連性といえよう。

### 三 若干の補足的検討

以上で労働契約法一八条の基本構造をめぐる説明は一応果たしたことになる。しかし、それでもなお生じるかもしれない一定の疑義を解消するとともに同条の基本構造をより一層明確にするためには更に併せて若干補足しておいた方がよいと思われる論点がいくつかあり、以下でその検討・考察を行つておく。

#### (一) 通算期間が五年を超えることになる更新限度条項と労働契約法一八条

さて、実際には想定しにくい(ほとんどあり得ない)とはいえ、たとえば期間三年の有期労働契約に当初から同じ三年契約を一回のみ更新するという更新限度条項が付されていたような場合(つまり、三年契約で更新一回により合計通算して六年間雇用するような場合)をいかに考えるかについて、一応理論的に検討を加えておく必要がある。

確かに、このような場合には当初から更新限度が明確に定められているので期待保護型のルールが予定する有期契約による雇用継続の合理的期待は生じ得ず、したがって基本合意、即ち有期契約の自動更新の合意も成立する余地は

ないことになり、更新後の雇止めに労働契約法一九条は適用できないといえよう。<sup>(27)</sup>しかし、通算して五年を超えて有期労働契約が更新されることになる以上、労働契約法一八条は適用されるのであり、したがって、労働者は無期転換申込権を行使して無期転換することができることになる。そこで基本合意なしにこの点をいかに説明すべきかが問題となる。

この場合、有期労働契約による雇用継続の合理的期待が生ぜず自動更新の基本合意は認定できないが、労働契約法一八条の規定にもかかわらず敢えて五年を超えて契約を反復更新するという当事者の意思(特に、無期転換されてもやむを得ないという使用者の意思)のなかに無期転換の申込みがあれば無期労働契約を成立させる旨の意思が黙示的に含まれていると解することができるのではないだろうか(ちなみに、問題となる五年を超える期間は法施行以降に期間が開始する有期労働契約の期間の合計であり、法施行以降に労働契約法一八条の適用を招来させることになる三年契約を一回更新するという更新条項のついた契約を締結するといった当事者の意思は当然に無期転換の可能性の認識・承認・認容を踏まえたものとなっているといえよう)。そうすれば、かかるケースにおいては、無期契約による雇用継続の合理的期待は存するといえ、あくまで例外的にはあるが、有期労働契約の自動更新の合意ではなく当初から労働者の無期転換申込権の行使により無期労働契約を成立させる旨の(黙示の)合意(即ち、黙示の合意による労働契約法一八条の契約内容への取入れ)が存し、実際にはこれが基本合意の代わりとして機能していることになる<sup>(28)</sup>と考えられるのである。

## (二) 無期転換申込権の行使期間とクーリング期間

最後に、無期転換申込権の行使期間とクーリング期間についても本稿で論じてきたこととの関係で若干触れておいた方がよいと解される点があるので、検討を加えておくことにする。

(1) 無期転換申込権の行使期間

まず、無期転換申込権の行使期間についてである。労働契約法一八条一項によれば、無期転換申込権は五年を超える更新によりそれが発生することになった「現に締結している有期労働契約の契約期間が満了する日までの間に」行使すべきものとされ、この期間中に行使しない場合には無期転換申込権は消滅することとなる。これは当然のことを規定したまでといえよう。基本合意は有期労働契約の自動更新の合意であり、その有期性を問題としない限り期間が満了すれば有期労働契約が自動更新されることになる。したがって、有期労働契約ではなく無期労働契約を更新により成立させるためには、現在の契約の期間満了までに無期転換申込権を行使して自動更新合意によって成立する契約の期間の定めを（有期労働契約の濫用的利用による公序違反として）無効としておくべきことはいうまでもないのである。このように、労働契約法一八条は基本合意を基礎としているということと無期転換申込権行使の期間制限がなされていることは何ら問題なく両立し、説明可能といえよう。

(2) クーリング期間の意義

次に、クーリング期間である。労働契約法一八条二項によれば、有期労働契約と有期労働契約の間に原則として六か月間（詳しくは「労働契約法第十八条第一項の通算契約期間に関する基準を定める省令」（平成二四年厚生労働省令第一四八号）が定めているが、更新の通算期間が一年未満の場合にはその期間の二分の一を四捨五入して切り上げ一か月単位で計算するものとされ、したがって最低は一か月ということになる）のクーリング期間を置けばそれらの契約は通算されないこととなる。既に、雇止め法理は意思解釈法理だと論じた（それ故、労働契約法一九条も意思解釈規定であるということになる）が、これを前提に考えると、クーリング期間があれば、たとえこれまで有期労働契約が更新されてきていたとしても、クーリング期間の前で有期労働契約は有効に終了しているとして基本合意を基礎

づける「いずれかから格別の意思表示がなければ当然更新されるべき労働契約を締結する意思」が存しない、つまり、当事者の意思はもはや（継続・連続して）有期労働契約の自動更新を行わないというものであると基本的に解釈されることができるとはできないのではないか。そうすると、かかる意味で労働契約法一八条二項も意思解釈規定であるということができる。ちなみに、これは労働契約法一九条を問題とする場合でも基本合意の成否をめぐって同時に参考になり、まさに、この点が労働契約法一八条と一九条の第四の関連性ということになろう。<sup>(28)</sup>

ただ、クーリング期間をめぐるとの以上の説明には一点留保をつけておかねばならない。さて、一年のうちに一定期間、例えば、季節雇用のように一年のうち四か月のみ雇われるという有期労働契約を繰り返し（反復して）締結してきた場合には、毎年一年のうち四か月雇われるという（一年のうち一定の時期に四か月の有期労働契約を成立させるといふ）基本合意が当事者の間に成立する余地があることは否定できないであろう。<sup>(29)</sup>しかし、この場合、雇用と雇用の間が六か月以上空いているのでこれがクーリング期間となり基本合意がありながら無期転換できないこととなる。あるいはこれは労働契約法一八条二項はクーリング期間があれば基本合意が存しないという意思解釈規定であるという先の説明と一見矛盾するかにもみえる。しかし、この点は以下のように説明することが可能であろう。労働契約法一八条で問題となる基本合意とはあくまで有期労働契約によって引き続いて（連続して）雇用を継続する旨の当事者の合意であつて、季節雇用の場合の基本合意はいくら基本合意だといってもそれには該当しないし、季節雇用の場合の当事者の意思は決して雇用の継続ではなくあくまで一年のうちで非雇用の期間も含めつつ一定の期間の雇用のみを断続的に繰り返し返そうというものである。したがって、何回繰り返し返されても（あるいは五年を超えて繰り返し返されても）、到底、無期転換されるような「有期労働契約の濫用的な利用」とはいえず、それが労働契約法一八条の対象とはならないとしても何ら問題はない。要は、労働契約法一八条で問題となる基本合意はある程度の雇用の継続性・連

続性という属性を持ったものに限られるのであつて断続的なものは含まないのであり、その意味で限定的なものなのである。

## おわりに

労働契約法は労働基準法と並んで個別的労働関係法のもうひとつの基本法と位置づけられる重要な法律である。そして、労働契約法は、労働契約の成立・展開・終了を規律する契約法であり、契約の基礎である合意を尊重・重視する合意原則を基本原則として宣言している。この基本原則たる合意原則は、労働者の保護ということを念頭に置きつつ、形式的な合意ではなくあくまで労働者の自由な意思に基づいて労使対等の立場で形成された実質的な合意を重視しようとするものであると解される。したがって、労働契約法の各条文は形式的にのみならず実質的にもこの原則を踏まえたものとしてできる限りこの原則に則して解釈されねばならないといえよう。<sup>31</sup>しかし、労働契約法一八条と一九条は形式的には合意原則に則りながらも、実際はあくまでみなし合意という形をとっているため、結局、実質的には採用強制ないし労働契約の締結強制という合意原則に反する方向を示す（つまり、形だけで実質ないし中身がない）ことになっているのではないかとの批判を広く浴びたのである。

けれども、みなしといっても、合意がないところに合意があることにするのではなく、あくまで当事者の合意に根拠を有する実質を法技術論的に別の形で表現した結果であると理解することも可能ではないか。筆者はそうように考えて、まず別稿において労働契約法一九条を検討し、引き続き今度は一八条につき本稿で論を展開した。とにかく、筆者の問題意識はそのようなものであるが、労働契約法一八条と一九条が提起した問題は難問であつて、特に（決し

て奇を衒ったものではないが人の捉え方次第では理論的にやや技巧的、突飛ないしアクロバティックであるとの感も免れず、しかも合意原則にあくまでこだわるという点において強く根を張っている大方の考えや一般的な見方・捉え方とは大きく根本的に異なり、また法理形成ないし理論構成に苦心・苦慮したこともあり(労働契約法一八条をめぐるこのような本稿の考察(なかでも基本合意に基づくという法的基本構成)が果たして説得力を有し成功したといえるかどうか(賛同を得、理論的に受け入れられるかどうか)は筆者としても正直いって心許ないところである(けれども、私見が決して成り立たない理論ではないことを最後にもう一度強調しておきたい)。しかし、それが多少なりとも議論を喚起し、ここでのささやかな検討・試みが実質的にも合意原則を尊重・重視する方向を促して、雇用安定に向け積極的な活用が期待される労働契約法一八条を理論的に擁護するとともに、併せて更なる拡大・充実と体系化・総合化が期待される労働契約法の今後の展開・発展に資することができたとするならば幸いである。<sup>(32)</sup> また、これまであまり論じられることがなかった点であるが、有期労働契約の出口規制として労働契約法一八条と一九条にはいくつかの点において一定の関連性が存し両者相互の有機的理解が必要であること(したがって、副次的ではあるが、併せて、労働契約法一九条の解釈論上のいくつかの新たな観点ないし論点)を示すことができたこと(要は、労働契約法一八条を論じつつ同時に一九条論ともなっており、ある意味で本稿が別稿の補遺・補完となっていること)も本稿のひとつの成果であるといえよう。

(1) 二〇一二年労働契約法改正については、多くの文献があるが、さしあたり、三井正信「雇用関係法改革のいま」鳥谷部茂・片木晴彦・三井正信・田邊誠(編)『現代民事法改革の動向Ⅳ』(成文堂、二〇一三年)二三八頁以下、荒木尚志・菅野和夫・山川隆一『詳説 労働契約法「第2版」』(弘文堂、二〇一四年)一一一―一三頁、荒木高志(編著)『有期雇用法制ベシックス』(有斐閣、二〇一四

年)七頁以下などを参照。なお、労働契約法一八条は雇用安定化を目指して立法化されたものではあるが、多くの企業はこれを回避すべく行動し、五年未満ないし五年以下での雇止めを誘発したり、不更新条項・更新限度条項を契約更新時に多用したり、不自然にクーリング期間を設けるような形で更新が行われたりなどむしろ雇用不安定化といった方向を示す事態がみられるようになったことも事実である。確かに、無期転換が実現し雇用安定化につながるケースもあるのだが、その逆のケースもあり、結局は、労働契約法一八条をめぐることは功罪ないし毀誉褒貶が相半ばしているといえる。しかし、無期転換ルールが積極的に活用される例も依然として一定程度は存している(そして企業によっては更に進んで労働契約法一八条が設けられたのを機に有期労働者の正社員化を図るところもでてきている)のであり、そのようなケースを擁護すべく労働契約法一八条の正当性を根拠付け、同条の基本構造を探るという作業を行うことにもそれなりの意義が存すると考えられる。

(2) 大内伸哉「雇用強制についての法理論的検討」荒木尚志・岩村正彦・山川隆一(編)『労働法学の展望』(有斐閣、二〇一三年)九三頁以下。なお、併せて、同「法律による労働契約締結強制」法律時報九〇巻七号(二〇一八年)七頁以下も参照。

(3) 三菱樹脂事件・最大判昭四八・二・一二民集二七巻一五三六頁は、使用者の採用の自由を憲法二二条と二九条から導き出される企業の経済活動の自由の内容(一環)と位置づけている。ちなみに、菅野和夫『労働法 第十一版補正版』(弘文堂、二〇一七年)二二三頁は、採用の自由は「労働契約関係において使用者が有する契約の自由の根幹的内容ととらえることができる」とする。

(4) 野田進「有期・派遣労働契約の締結事由・無期転換」土田道夫・山川隆一(編)『労働法の争点』(有斐閣、二〇一四年)一五二頁が、「無期木尚志「有期労働契約の締結事由・無期転換」土田道夫・山川隆一(編)『労働法の争点』(有斐閣、二〇一四年)一五二頁が、「無期転換は契約関係になかった当事者間に契約締結を強制するものではなく、契約関係にある当事者間において、法で保障された権利行使を抑制する状況を除去するために労働条件は同一のまま無期転換を図るものであり、違憲となるような契約締結自由の侵害とは解し得まい」として有力に反論を加え労働契約法一八条の擁護を試みている。基本的にはこのような反論が妥当であると考えられる。しかし、かかる反論によっても、いまだみなし合意という採用された法技術が果たして実質的にも合意原則に合致するのかという根本的な疑問は解消されていないといえよう。

(5) 三井正信「労働契約法19条の基本構造と不更新条項(1)」、「(2・完)」民商法雑誌一五三巻六号(二〇一八年)八四九頁以下、一五四巻一号(二〇一八年)一三三頁以下。ちなみに、本文でも述べたように、この論文は本稿の姉妹編をなすものであり、また両者は理論的に相互に密接に関連しているといえる。したがって、理解を促す意味でも本稿と併せて一読を乞う次第である。



- (6) 労働契約法一八条の詳細な解説として、荒木ほか・前掲注(1) 書一七四頁以下、荒木(編著)・前掲注(1) 書五一頁以下〔原昌登執筆〕、山川和義「無期契約への転換」大内伸哉(編)『有期労働契約の法理と政策』(弘文堂、二〇一四年) 六四頁以下、川田知子「無期転換ルールの解釈上の課題(労働法18条)」野川忍・山川隆一・荒木尚志・渡邊絹子(編著)『変貌する雇用・就労モデルと労働法の課題』(商事法務、二〇一五年) 二六五頁以下、西谷敏・野田進・和田肇(編)『新基本法コンメンタール 労働基準法・労働契約法』(日本評論社、二〇一二年) 四一七頁以下〔野田進執筆〕など。
- (7) 正確に言えば、労働契約法一八条は二つの項から構成されており、一項が無期転換を、二項がクリーニング期間を定めている。しかし、本稿では論述の都合上、単に一八条という場合は専ら無期転換を定める一項を指すこととし、一項、二項を具体的に論じたり両者を区別して取り上げる場合においてのみ明示的に一項、二項の表示を行うこととする。
- (8) 契約締結強制ということを前提に労働契約の成立と内容との関係で労働契約法一八条の体系的意義(基本構造)を探ろうとする近年の業績として、新屋敷恵美子「契約締結強制としての労働法18条1項による労働契約の成立と内容の規律」法律時報九〇巻七号(二〇一八年) 一七頁以下。
- (9) 川田知子「無期転換申込権の法的性格に関する一考察」東洋法学六一巻三号(二〇一八年) 二七九頁。なお、この点を踏まえ、同論文二八三頁は労働契約法一八条が「広義の契約強制」であることは認めつつもむしろ「雇用強制」と表現した方が適切であるかもしれないとする。しかし、果たして労働契約法一八条が「強制」といえるかは以下本文で検討するように疑問が残るところである。
- (10) 労働者派遣法四〇条の六についてこの理を説くものとして、鎌田耕一「労働法における契約締結の強制」山田省三・青野寛・鎌田耕一・浜村彰・石井保雄(編)『労働法理論 変革への模索』(信山社、二〇一五年) 五二二頁以下。なお、併せて、川田・前掲注(9) 論文二六九頁以下も参照。
- (11) 前掲注(5) 参照。なお、以下本文の(一)、(二)の記述は基本的に注(5)の拙論文に依拠して行っており、したがって詳細な引用は差し控えることとする。ただ、本稿では、テーマの性格上、雇止め法理と労働契約法一九条の基本構造については簡潔あるいは簡略な記述にとどめざるを得ない点も多くあるため、理論の全体像ないし詳細・核心・本質については何とぞこの別稿(旧稿)を参照されたい。
- (12) 判例の雇止め法理について、詳しくは、三井正信「基本労働法Ⅰ」(成文堂、二〇一二年) 二六〇頁以下。
- (13) 荒木尚志『労働法 第3版』(有斐閣、二〇一六年) 四九九頁以下。

- (14) 菅野・前掲注(3) 書三二八頁。なお、法定更新説はそれまでの旧版以来の同書の一貫した立場である。
- (15) 水町勇一郎『パートタイム労働の法律政策』(有斐閣、一九七七年) 一一頁、同『労働法(第7版)』(有斐閣、二〇一八年) 三四二頁。なお、信義則説はそれまでの旧版以来の後者の一貫した立場である。
- (16) 安枝英紳「短期労働契約の更新と雇止め法理」季刊労働法一五七号(一九九〇年) 九七頁以下。
- (17) 三井・前掲注(12) 書二六七―二六八頁。
- (18) この判決について、詳しくは、三井正信「継続雇用制度の基準を満たす定年労働者に対する再雇用拒否とその法的救済」速報判例解説 Vol.13 新・判例解説 Watch (二〇一三年) 一三三頁以下。
- (19) 労働契約法一九条の詳細な解説として、荒木ほか・前掲注(1) 書二〇三頁以下、荒木(編著)・前掲注(1) 書六九頁以下〔池田悠執筆〕、篠原信貴「雇止め制限」大内(編)・前掲注(6) 書二四頁以下、西谷ほか(編)・前掲注書(6) 書四二三頁以下〔山川隆一執筆〕など。
- (20) 菅野・前掲注(3) 書三二九頁。同旨、土田道夫「労働契約法〔第2版〕」(有斐閣、二〇一六年) 七七四頁。
- (21) 荒木ほか・前掲注(1) 書一八九頁、荒木・前掲注(13) 書四八五頁、山川・前掲注(6) 論文六六頁、川田・前掲注(9) 論文二八二―二八三頁、菅野・前掲注(3) 書三一四頁、土田・前掲注(20) 書七八五頁、西谷敏「労働法〔第2版〕」(日本評論社、二〇一三年) 四五〇頁など。
- (22) 例えば、大学等の非常勤講師の場合には、大学等の特質・特殊性として毎年カリキュラムやコマ数や受講生数が変わることから、かつては契約が反復更新されてきても雇用継続の合理的期待なしとして雇止めが認められるケースが多かった(法政大学事件・東京地決昭五五・六・二七労判三四六号速報カード一五頁、亜細亜大学事件・東京高判平二・三・二八労民集四一巻二号三九二頁、旭川大学事件・札幌高判平二・三・一・三二労判八〇一号一三頁、進学ゼミナール事件・最三小判平三・六・一八労判五九〇号六頁など)。しかし、本文で述べたように、現在ではかかる場合については、契約期間が通算して五年を超えていれば雇用継続の合理的期待を認めて労働契約法一九条の適用ありとした(適用審査はパスさせた)うえで、カリキュラム変更やコマ数・受講生数の変化といった事情は雇止めをめぐる合理性と相当性で(効力審査で)考慮すべきこととなる。もつとも、そのような事情は多くのケースにおいて雇止めの合理性と相当性を導く(したがって、雇止めの有効性を導く)ことになる(それ故、かつての合理的期待が認められない(適用審査をパスしない))とされた場合と結論的にはほとんど異なることにもなる)。ちなみに、このような契約が無期転換した場合にお

いても労働契約法一六条の適用にあたり同様といえる。なお、上述の場合には、いずれも整理解雇法理が問題となると考えられる。

(23) 外尾健一「短期雇用契約の反復と更新拒絶の法理」季刊労働法一一〇号(一九七八年)一二二頁。なお、判例による雇止め法理が確立するまでの無期転換の試みを含めた学説・判例の雇止め救済法理の議論状況について簡潔に総合的に説明を加えるものとして、西村健一郎・高木紘一・安枝英伸・長渕満男・林弘子・今野順夫「労働法講義3 労働者保護法〔初版〕」(有斐閣、一九八一年)三八一頁以下(西村執筆)。ちなみに、この頃の学説(脱法行為説、保護法公序違反説、合理的相当事由説など)は無期転換を認める方向を強く説いていたが、その問題意識は何ら契約締結強制や採用強制というものではなくあくまで雇用が継続する過程で期間の定めのみを問題としよう(期間の定めのみを無効としよう)というものであったといえ、このような議論の基本スタンスを(場面は異なるとはいえ)なお現在においても思い起こすべきであろう。

(24) ただし、「右事実関係の下においては、本件労働契約の期間の定めを民法九〇条に違反するものということはできず」と判示されているところから、この判決が行ったのはあくまでこの事件の具体的な事例についての判断であり、したがって、この判決によっても必ずしもいまだ保護法公序違反説の法理自体が理論的に完全に否定されたとは言い切れないとは考えられる。ちなみに、日立メディコ事件・最判については、三井正信「短期労働契約の更新拒絶と解雇法理」労働法律旬報一一七四号(一九八七年)四八頁以下参照。

(25) ちなみに、川田・前掲注(6)論文二七四頁は、「労働契約は期間の定めのないものが原則であり(無期原則)、有期労働契約の締結には合理的な理由が必要であるとする立場からすると、そもそも同一の使用者ととの間で5年も継続する業務を有期労働契約の反復更新で行う必要性はなく、また、使用者が有期契約労働者に対して圧倒的に優位的な地位に立つ契約関係を5年以上継続利用することとは有期契約の濫用的な利用であるといえる。したがって、通算契約期間が5年を超えた場合には、有期労働契約に合理的な理由が認められないから、原則に立ち返って有期労働契約は無効とされ、無期労働契約が締結されたとみなされるべきである。」と説いている。筆者としては、基本的にこのような考えの基本趣旨ないし発想・問題意識それ自体には賛成であるが、これによるならば労働者が無期転換申込権行使した場合はよいが行使しない場合の説明に窮することになる。したがって、このような考えには法理論としては限界が存するように思われ、結論的には与することができない。また、無期原則という点についても、入口規制がなされていないことに加えて労働契約法一九条が存することなどを考えれば、残念ながらいまだそれは労働契約法が正面から採用する原則となっていないとはいえず、したがって労働契約法の精神は、あくまで雇用はできるだけ継続することが望ましく、それが一定限度を超えた場合

には無期であることが(強く)望まれるというものとどまるといえよう。

- (26) 期間を通算して五年を超える有期労働契約の反復更新は有期労働契約の濫用的な利用とはいえても、有期労働契約の締結・更新それ自体はあくまで合意であつて権利行使ではなく、したがってストリートにそれを権利濫用とは構成できないため、労働契約法一八条は(労働者の意向に反した)五年超えの場合には期間の定めが濫用的であるが故に(労働者保護に反し)公序違反となると位置づけようとしたものといえよう。なお、ここで問題とする公序違反は力において労働者に優位する使用者によるいわば一種の優越的地位の濫用にあたるケースであると考えられる。優越的地位の濫用については、大村敦志『消費者法』〔第4版〕(有斐閣、二〇一一年)一一四—一一五頁。

- (27) 三井・前掲注(5)論文(2・完)一三九頁。

- (28) これは、当初から条文(法理)の基本構造部分が認められるという点において、ある意味では雇止め法理の期待保護型の更新特約タイプのケースと似た構成となろう。つまり、更新特約タイプでは当初から雇用継続の期待が存して有期労働契約を自動更新するという基本合意が認められ、本文で述べたような事例では当初から無期転換の(したがって、雇用継続の)期待が存して(基本合意の代わりとなり得る)無期労働契約を成立せしめ得る基礎となる合意が認められることになるのである。

- (29) これまでは、条文が異なることから、一般的に労働契約法一八条二項のクーリング期間は労働契約法一九条とは無関係であると解されてきた(例えば、荒木ほか・前掲注(1)書二二二頁、荒木・前掲注(13)書五〇一頁など)が、今後は両者は相互に関連して理解されるべきであろう。

- (30) 本文で述べた観点からすれば、これまで一六年間に三二回にわたり毎年三、四か月の期間を挟んで三月上旬から六月中旬と九月下旬から一月下旬に有期労働契約を締結してきた労働者の就労申込みに対し使用者が今後契約を締結しない旨を通知した事例につき労働契約法一九条二号の類推適用を肯定した原審を覆してこれを否定したA農協事件・東京高判平成二七・六・二四(労働一三三二号五一頁は疑問であるといえよう。このようなケースにおいては年に数か月ずつ二回一定の間隔を挟んで有期労働契約を成立させる旨の基本合意の成立を認めてよい(したがって、労働契約法一九条の適用ないし類推適用、あるいは雇止め法理の適用を認めてよい)ように思われる。

- (31) 筆者の一貫した基本的な問題意識はあくまで(労働者保護を踏まえたうえで)合意原則への(実質的な)こだわりにある。ちなみに、労働契約法の重要部分をなす就業規則の拘束力に関する七条及び一〇条について、このような方向において、即ち合意原則の

重要性からあくまで同原則に則して根本的に検討を加え構造理解を行う筆者の試みとして、三井正信『現代雇用社会と労働契約法』（成文堂、二〇一〇年）六二頁以下。また、労働契約法九条につき合意原則に則しつつもその反対解釈には問題があるとして合意基準説を批判し合理性基準説に立つことを論じたものとして、同「労働契約法九条についての一考察」広島法学三六巻四号（二〇一三年）一頁以下。

（32）なお、労働契約の締結強制ないし採用強制をめぐる議論は違法派遣の場合の派遣先の直接雇用の労働契約の申込みのみなしを規定する労働者派遣法四〇条の六をめぐるも繰り広げられている。確かに、同条は合意原則が妥当する労働契約法の問題ではないが、筆者としては、今後の課題として、できる限り契約法の一般原則に則してこれを理解することができないかを追求してみたいと考えている。この問題について論じる近年の業績として、鎌田・前掲注（10）論文、本庄淳志「派遣先の直接雇用申込みなし規制の正当性」法律時報九〇巻七号（二〇一八年）四四頁以下。